

La nouvelle loi pour la biodiversité en France : une boîte à outils

Yann Laurans (Iddri), Anouk Ferté-Devin (Office national des forêts), Renaud Lapeyre (Iddri), Matthieu Wemaëre (avocat à la Cour)

L'érosion de la biodiversité continue, en France comme ailleurs en Europe¹. Tentant de répondre à ce défi, les 174 articles de la « loi biodiversité » (N°2016-1087 du 8 août 2016) traitent de sujets fort divers. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut y repérer cinq grands types de dispositions : 1) l'inscription d'un certain nombre de **principes et obligations de portée générale**, en particulier la non-régression du droit de l'environnement, la solidarité écologique et la réparation du préjudice écologique ; 2) une panoplie variée de nouveaux **moyens d'action mis à la disposition** des acteurs de la protection de la biodiversité, comme la compensation par anticipation, ou l'alourdissement des sanctions judiciaires qui concernent la biodiversité ; 3) la **réorganisation** d'une poignée d'établissements publics agrégés dans l'Agence française pour la biodiversité ; 4) **une transposition des engagements internationaux** de la France, comme ceux souscrits en vertu du protocole de Nagoya ; et enfin 5) des **réglementations** spécifiques : l'interdiction des néonicotinoïdes à partir de 2018 sauf dérogations, l'interdiction des cotons-tiges en plastique, ou encore l'impossibilité de conserver des zones « à urbaniser » indéfiniment dans les règlements d'urbanisme.

Plutôt qu'une création institutionnelle forte, la « loi biodiversité » est une **boîte à outils** mise à la disposition de ceux qui veulent agir. Son efficacité dépendra donc principalement de la pertinence de ces outils, pour les situations concrètes : dans quelle mesure les nouvelles dispositions répondent-elles à ce qui limitait, jusque-là, l'action pour la biodiversité ? Sont-elles susceptibles de modifier les rapports de force ? Cet *Issue Brief* propose des éléments de réponse pour les quatre premiers types de disposition : les principes et obligations, la compensation, la réorganisation et la transposition.

1. Agence européenne de l'environnement (2015). *L'environnement en Europe : état et perspectives 2015*.

MESSAGES CLÉS

- Les principes de solidarité écologique et l'obligation de réparation du préjudice écologique donnent des moyens juridiques innovants qui devraient favoriser des choix plus préventifs que curatifs.
- L'encadrement des mesures compensatoires par la loi confirme la sévérité des conditions à remplir, et devrait inciter les maîtres d'ouvrage à d'abord éviter et réduire les dommages, même si certaines zones de flou offrent encore des marges pour réduire l'ambition.
- Les capacités d'action de la nouvelle Agence française pour la biodiversité dépendront notamment des évolutions de la gouvernance des agences de l'eau, détentrices d'une partie des moyens financiers.
- La transposition exemplaire du Protocole de Nagoya, utile pour en montrer la faisabilité aux autres États signataires, et satisfaisante du point de vue de l'équité, offre cependant peu d'espoir de dégager des ressources financières importantes pour la biodiversité et les populations locales.

Cette publication a bénéficié d'une aide de l'État gérée par l'Agence nationale de la recherche au titre du programme « Investissements d'avenir » portant la référence ANR-10-LABX-01.

Institut du développement durable
et des relations internationales
27, rue Saint-Guillaume
75337 Paris cedex 07 France

DE NOUVEAUX PRINCIPES FONDAMENTAUX

La loi introduit des nouveaux principes fondamentaux qui devraient fortement influencer les politiques publiques : le principe de solidarité écologique, le principe de l'utilisation durable, le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des forêts, et le principe de non-régression. Elle introduit, de plus, l'obligation de réparation du préjudice écologique. Parmi ces dispositions, trois d'entre elles retiennent plus particulièrement notre attention, pour leur effet potentiellement positif pour la biodiversité.

Tout d'abord, l'affirmation du principe de solidarité écologique marque une évolution de notre relation à la nature puisqu'il « appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés ». Le nouveau lien moral ainsi opéré entre humains et non-humains suppose que dans un espace considéré (pour un plan d'aménagement, un projet, une infrastructure, y compris linéaire), les acteurs qui s'y inscrivent soient solidaires avec les écosystèmes, les milieux, voire les paysages qui le constituent.

Le principe de solidarité écologique renvoie ainsi à une approche éco-centrique qui, sans pour autant faire de la nature un sujet de droit, impose de vivre « avec » en tenant compte des conséquences des décisions prises par ces acteurs. La nécessité d'une telle solidarité participe ainsi aussi à la mise en œuvre du principe de responsabilité envers les générations futures, et envers la nature future, dans le cadre d'un développement réellement durable. De manière pratique, les principaux outils d'application de ce principe seront les études d'impact environnemental et stratégique dans le cadre de procédures d'adoption de décisions portant sur l'aménagement du territoire ou l'autorisation de projets ou d'infrastructures. Le droit existant requiert déjà d'analyser les effets directs et indirects, temporaires et permanents, et cumulés sur l'environnement, mais le principe de solidarité écologique nécessitera d'apporter davantage d'informations, notamment scientifiques, sur les interactions.

Deuxièmement, le principe de non-régression de la protection de l'environnement, déjà reconnu au niveau international, établit que cette protection, désormais, « ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment ». De façon importante, le niveau de protection à prendre en compte est celui « assuré par les dispositions législatives et

réglementaires relatives à l'environnement ». On ne se limite donc pas au seul Code de l'environnement. La jurisprudence semble cependant exclue *a priori* du niveau de référence à considérer, alors qu'il reste à voir si, dans son application, ce dernier intègrera également des dispositions d'accords internationaux ratifiés par la France. Il n'en reste pas moins que ce nouveau principe permet d'envisager une amélioration continue de la protection de l'environnement dans le temps, au-delà des alternances politiques, participant ainsi à la justice intergénérationnelle.

Enfin, la loi introduit la réparation du préjudice écologique. Ceci est une réelle nouveauté. Consacrant et précisant la jurisprudence Erika, la loi insère en effet un nouvel article 1386-19 dans le Code civil, selon lequel « toute personne qui cause un préjudice écologique est tenue de le réparer ». L'article suivant précise que seul le préjudice écologique résultant « d'une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » sera réparé.

Dans ce cadre, la loi prend acte du fait que le droit français est pourvu de mécanismes permettant de réparer un préjudice environnemental et par conséquent envisage la question de l'articulation entre ces procédures. Elle précise donc que l'évaluation du préjudice tiendra compte, avec un champ d'application plus large, des mesures de réparation déjà ordonnées, notamment celles mises en œuvre dans le cadre des articles L.160-1 du Code de l'environnement. L'initiative de l'action en réparation appartiendra à une multitude d'acteurs : l'État, le ministère public, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que toute personne ayant qualité et intérêt à agir. La réparation devra en outre s'effectuer en priorité en nature. En cas « d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation », le juge pourra condamner le responsable d'une pollution au versement de dommages et intérêts à des fins de réparation et de protection de l'environnement.

LE NOUVEAU CADRE DE LA COMPENSATION BIODIVERSITÉ

40 ans après l'introduction des mesures dites compensatoires par la loi de 1976 sur la protection de la nature, la loi pour la reconquête de la biodiversité tente de recadrer la compensation biodiversité. Grâce au Parlement, la mise en œuvre des mesures compensatoires est améliorée par la création d'outils à destination des maîtres d'ouvrage et des administrations ; toutefois, des zones d'ombre persistent.

Tout d'abord, la loi inscrit la séquence hiérarchisée « éviter-réduire-compenser » comme principe général du droit de l'environnement. Désormais, tous les projets, sans distinction de régime juridique, devront respecter ce principe qui vise *in fine* un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité. D'autre part, les grands critères de la compensation détaillés dans la doctrine « éviter-réduire-compenser », émise en 2012 par le ministère chargé de l'Environnement, et les lignes directrices afférentes, acquièrent une force juridique obligatoire.

Toutefois, on aurait pu espérer plus de clarté sur plusieurs points, notamment :

- Malgré l'exigence de proximité géographique entre impacts et compensation, l'**obligation d'équivalence** entre les deux n'est qu'implicite, alors qu'elle constitue la pierre angulaire de la compensation, pour éviter une logique de substitution par des espèces, habitats naturels et fonctions écologiques très différents.
- La loi affirme le **principe de pérennité**, qui est défini par la loi sur la base de la « durée des atteintes », sujette à interprétation, et non plus pendant une période fixée (sur 15 à 30 ans selon la pratique actuelle).
- Qu'en est-il du caractère **additionnel** des mesures, ce principe n'étant pas mentionné par la loi, qui prévoit en outre qu'une même mesure peut compenser différentes fonctionnalités ?

La loi précise qu'il existe trois possibilités offertes au maître d'ouvrage pour la réalisation des mesures :

- Réaliser lui-même les mesures, ce qui est rare en pratique.
- Confier la réalisation des mesures à un tiers, désormais appelé « opérateur de compensation », ce qui correspond à la compensation sur demande, pratique la plus courante. Cette notion « d'opérateur de compensation » est définie largement, pour inclure notamment les agriculteurs et forestiers.
- Acquérir des « unités de compensation » dans un « site naturel de compensation » (SNC).

À l'exception de l'institutionnalisation de la compensation par anticipation avec la création d'une procédure d'agrément, la loi apporte peu de changements à la situation existante qui avait déjà permis l'expérimentation de la compensation par anticipation ou « par l'offre » (par exemple le projet de la plaine de la Crau). Le recours à ces unités restera donc très limité du fait de l'obligation d'équivalence écologique et de l'absence de transfert de responsabilité du maître d'ouvrage vers l'opérateur de compensation, contrairement à ce qui se pratique aux États-Unis.

De manière générale, l'effectivité des mesures de compensation est renforcée par l'introduction d'une obligation de résultat. L'intention est louable, mais une obligation de moyens aurait été plus adaptée compte tenu des aléas que subissent les mesures compensatoires, souvent liés à des facteurs extérieurs et irrésistibles (changement climatique, invasions d'espèces, etc.).

La loi précise aussi les mesures de police dont dispose l'administration pour assurer la bonne exécution des mesures, notamment la réalisation d'office des travaux aux frais du maître d'ouvrage ou encore l'obligation de constituer une garantie financière au moment de la délivrance de l'autorisation.

La question de la disponibilité du foncier, bête noire des opérateurs de compensation, est aussi traitée par la loi. Elle prévoit qu'un simple « contrat » peut être passé avec le propriétaire, et le locataire ou l'exploitant, confirmant ainsi que la propriété des terrains n'est pas une condition nécessaire, tout en garantissant le consentement de celui qui a l'usage du terrain pour la réalisation des mesures. Il sera possible de recourir à un nouvel instrument juridique créé par la loi : les obligations réelles environnementales. Ces contrats permettent d'imposer aux propriétaires successifs d'un terrain des obligations ayant pour finalité la protection de l'environnement, ce qui aurait l'avantage de garantir la pérennité de la compensation.

Pour compléter la boîte à outils et favoriser la cohérence des mesures, celles-ci seront géolocalisées dans un système national d'information géographique, accessible au public sur Internet, et un inventaire des espaces susceptibles d'être mobilisés pour de la compensation sera réalisé par l'Agence française pour la biodiversité.

Malgré ces nouveautés, l'efficacité de la compensation reste subordonnée à l'allocation de moyens supplémentaires aux administrations pour leur permettre de prendre des décisions de qualité et de contrôler la réalisation des mesures ; c'est ici que réside le véritable point faible du mécanisme, ce qui ne peut être appréhendé par la loi. La vigilance de la société civile reste en outre nécessaire pour assurer le respect des engagements des maîtres d'ouvrage, et prévenir toute tentation spéculatrice des opérateurs de compensation « par l'offre ».

LA RÉORGANISATION ET SON FINANCEMENT

L'Agence française pour la biodiversité (AFB), en agréant quatre établissements publics, reprendra leurs budgets pour son fonctionnement, principalement celui de l'Office national de l'eau

et des milieux aquatiques (Onema), qui représentera 60 % de l'ensemble. Or celui-ci est aujourd'hui principalement financé par un prélèvement de l'État sur le budget des Agences de l'eau, lequel est constitué de redevances que paient, *via* leur facture d'eau, les ménages, les entreprises et les agriculteurs irrigants. En outre, la loi biodiversité prévoit que les Agences de l'eau pourront subventionner en plus des actions dans le domaine de la biodiversité terrestre, selon des conventions à passer avec l'AFB, ce qui pourrait signifier qu'elles reprendraient une partie des dépenses aujourd'hui assurées par l'État dans ce domaine. Au total, l'action publique sur la biodiversité sera donc financée par une forme de diversion de la facture d'eau – certes relativement limitée par rapport au montant des redevances collectées par les agences de l'eau². Sur le plan des principes, il est discutable d'organiser un prélèvement non proportionnel à la responsabilité des contributeurs dans les problèmes de la biodiversité terrestre. Une nouvelle redevance, prélevée sur des comportements en rapport avec l'érosion de la biodiversité, pourrait voir le jour à l'avenir, et serait souhaitable.

Mais cette solution peut surtout se lire comme le reflet d'une position de faiblesse chronique du secteur de la biodiversité dans les arbitrages politiques français, et la recherche compréhensible d'une solution pragmatique. Son efficacité reposera cependant sur la bonne volonté des partenaires, et notamment des commissions des aides des agences de l'eau, qui *in fine* décideront de l'attribution des subventions de celles-ci à la biodiversité terrestre. Leur gouvernance est aujourd'hui dominée par les industriels, les collectivités et les agriculteurs, et les acteurs du monde de la biodiversité y ont généralement une place réduite, ce qui est légèrement corrigé par la loi. Mais, au-delà de ces inflexions à la marge, il s'agira d'instituer une nouvelle forme de collaboration entre la filière de la politique de l'eau et celle de la biodiversité terrestre. Et la politique de l'eau devrait y trouver aussi son intérêt : aujourd'hui, ce qui empêche d'atteindre ses objectifs tient largement à l'état des habitats naturels et aux pesticides, qui sont problématiques pour la biodiversité

2. Les dépenses actuelles de l'État pour la biodiversité terrestre représentent environ 100 M€, soit potentiellement 5 % du montant des redevances collectées par les agences de l'eau.

terrestre autant que pour les rivières et le littoral. En quelque sorte, le combat est le même, il reste à espérer que cela motive, au-delà des conventions formelles, une véritable alliance objective entre ces différentes branches de la protection de l'environnement.

L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE JUSTE ET ÉQUITABLE DES AVANTAGES

En transposant le Protocole de Nagoya et en permettant sa ratification, la loi insère des chapitres entiers dans le Code de l'environnement pour réglementer l'accès aux ressources génétiques, le soumettre à des consultations préalables et prévoir sa rémunération. Sur le plan des principes, l'initiative est louable : la loi prévient l'acaparement de ressources génétiques naturelles sans concertation ni compensation financière. Elle stipule en outre que les avantages seront affectés, en partie *via* l'AFB, à la conservation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées.

Cependant, sa portée pratique risque de rester limitée, du moins à moyen terme tant que ces résolutions n'auront pas été renforcées et adoptées internationalement. À l'heure actuelle, le recours par les entreprises à des ressources génétiques naturelles et locales est très réduit et n'a pas généré de revenus significatifs pour la préservation de la biodiversité (l'essentiel est produit sans recours aux composants naturels). Enfin, et surtout, ces dispositions ne s'appliqueront qu'aux brevets déposés à l'institut national de la propriété intellectuelle, donc déposés pour le territoire français uniquement. Or, il reste possible de déposer un brevet à l'office européen des brevets, valable en France comme dans toute l'UE, si le déposant le souhaite. Et ces brevets « européens » continueront à être soumis au règlement de l'Union qui, lui, ne requiert pas que l'on ait contrôlé les conditions de l'accès aux ressources génétiques locales.

Bien entendu, ces dispositions sont tout de même à saluer pour leur intention, et parce qu'elles placent la France en position de pointe concernant la mise en œuvre du Protocole de Nagoya. En revanche, on aura compris que ce n'est pas de là que proviendront, du moins à moyen terme, les ressources économiques dont la conservation de la biodiversité a pourtant bien besoin. ■